

**Yapım ihalesinde alt yapı
çalışmalarının bitmemesi ve
yer teslimi yapılamamasına
bağlı olarak verilen süre
uzatım kararları ile hakediş
ödemelerinin yapılamaması
idarenin kusurundan
kaynaklanmış olduğu
Dolayısıyla söz konusu ihale
kapsamındaki işte tasfiye
kararı alınması**

ihalede hakediş ödemelerinin yapılamaması idarenin kusurudur

Kamu İdaresi Türü
kararı

Belediyeler ve Bağlı İdareler

Yılı 2018

Dairesi 5

Karar No 428

İlam No 155

Tutanak Tarihi 18.8.2020

Kararın Konusu İhale Mevzuatı ile İlgili Kararlar

Sözleşmenin feshi

..... Belediyesi Fen İşleri Müdürlüğü tarafından gerçekleştirilen “..... Belediyesi Sınırlarında Muhtelif Sokaklarda Asfalt Serilmesi ve Temini” işine ait sözleşmenin yüklenicinin talebi üzerine idare tarafından yasal dayanağı olmadan feshedildiği ve yüklenicinin kesin teminatının güncellenip gelir kaydedilmemesi sonucu TL kamu zararına sebebiyet verildiği hususu ile ilgili olarak;

Fen İşleri Müdürlüğü tarafından gerçekleştirilen ihale kapsamında, işin yüklenicisi tarafından idareye yazılan dilekçe ile çalışma yapılacak alanda yer teslimi yapılmaması, hakedişlere ilişkin ödemelerin geç yapılması ve döviz fiyatlarında fahiş artışlardan dolayı hammadde temininin imkansız hale gelmesi nedenleriyle işin devam ettirilmesinin mümkün olmadığı belirtilmiş ve sözleşmenin feshi talep edilip teminatların iadesinin istenildiği görülmüştür. Bunun üzerine idare tarafından yükleniciden süre uzatımı verilip işin devam ettirilmesi istenmiş, ancak yüklenici aynı gerekçelerle sözleşmenin feshini talep etmiştir.

Yukarıda bahsi geçen sürecin ardından, Fen İşleri Müdürlüğü tarafından yükleniciye yazılan2018 tarih ve sayılı cevabi yazıda, serim işi yapılacak sokaklarda altyapı imalatlarının bitmemiş olması ve buna bağlı olarak asfalt tedarikinde sıkıntılar yaşanması nedeniyle çalışmaların devam edemediği ve söz konusu sıkıntıların idareden kaynaklı

haller kapsamında değerlendirilerek Yapım İşleri Genel şartnamesi'nin 48 inci maddesi uyarınca sözleşmenin feshi ve işin tasfiyesi kararı alındığı belirtilerek tasfiye işlemlerinin başlatıldığı görölmüştür. İşin tasfiyesi sonucunda,2018 tarihinde yapıım işleri tasfiye geçici kabul tutanağı düzenlenerek yapılan işin sözleşme ve eklerine uygun olduğu ve geçici kabul tutanağı düzenlenmiştir.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu hangi hallerde kesin teminatın gelir kaydedileceğini tek tek saymak suretiyle belirlemiştir. Bu haller kanunun 19, 20 ve 21 inci maddelerinde açıklanmıştır.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun "Yüklenicinin sözleşmeyi feshetmesi" başlıklı 19 uncu maddesinde; yüklenicinin mali acz içinde bulunması nedeniyle taahhüdünü yerine getiremeyeceğini gerekçeleri ile birlikte yazılı olarak bildirmesi halinde, ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlarının gelir kaydedileceğı ve sözleşmenin feshedilerek hesabın genel hükümlere göre tasfiye edileceğı belirtilmiştir.

"İdarenin sözleşmeyi feshetmesi" başlıklı 20 nci maddesinde; yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi üzerine, ihale dokümanında belirlenen oranda gecikme cezası uygulanmak üzere, idarenin en az on gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen aynı durumun devam etmesi halinde, ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlarının gelir kaydedileceğı ve sözleşmenin feshedilerek hesabın genel hükümlere göre tasfiye edileceğı

ifade edilmiştir.

“Sözleşmeden önceki yasak fiil veya davranışlar nedeniyle fesih başlıklı” 21 inci maddesinde ise; yüklenicinin, ihale sürecinde Kamu İhale Kanununa göre yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilmesi halinde, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilceği ve sözleşme feshedilerek hesabının genel hükümlere göre tasfiye edileceği hüküm altına alınmıştır.

“Sözleşmenin feshine ilişkin düzenlemeler” başlıklı 22 nci maddesinde ise;

“19 uncu maddeye göre yüklenicinin fesih talebinin idareye intikali, 20 nci maddenin (a) bendine göre belirlenen sürenin bitimi, 20 nci maddenin (b) bendi ile 21 inci maddeye göre ise tespit tarihi itibarıyla sözleşme feshedilmiş sayılır. Bu tarihleri izleyen yedi gün içinde idare tarafından fesih kararı alınır. Bu karar, karar tarihini izleyen beş gün içinde yükleniciye bildirilir.

19, 20 ve 21 inci maddelere göre sözleşmenin feshedilmesi halinde, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar alındığı tarihten gelir kaydedileceği tarihe kadar Devlet İstatistik Enstitüsünce yayımlanan aylık toptan eşya fiyat endeksine göre güncellenir. Güncellenen tutar ile kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların tutarı arasındaki fark yükleniciden tahsil edilir.” denilmektedir.

Yukarıda aktarılan mevzuat hükümlerinden de anlaşılacağı

üzere, idare veya yüklenici tarafından işin genel hükümlere göre tasfiye edilebilmesi için belirli şartların oluşması gerekmektedir. Sözleşmenin yüklenici tarafından feshedilebilmesi için, yüklenicinin mali acz içinde bulunması nedeniyle taahhüdünü yerine getiremeyeceğini gerekçeleri ile birlikte yazılı olarak idareye bildirmesi koşulu aranmaktadır. Şayet mali acz durumu, idare tarafından kabul edilirse, yükleniciye ait kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların gelir kaydedilmesi gerektiği açıktır.

Belediye Fen İşleri Müdürlüğü tarafından fesih ve tasfiyeye ilişkin yazılan ve yukarıda aktarılan yazıda idareden kaynaklı sebepler nedeniyle tasfiye işlemlerinin başlatıldığı belirtilmiş ve mali acz nedeniyle sözleşmenin feshedildiğine dair herhangi bir ifadeye yer verilmemiştir. Zaten, yüklenicinin bu yönde yazılı bir talebi olmaksızın bu maddenin uygulanabilirliği de bulunmamaktadır.

Sözleşmenin idare tarafından feshedilebilmesi için ise, yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi üzerine, ihale dokümanında belirlenen oranda gecikme cezası uygulanmak üzere, idarenin en az on gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen aynı durumun devam etmesi halinin bulunması gerekmektedir. Yine yukarıda belirtildiği üzere, İdareden kaynaklı yer tesliminin yapılamaması, alt yapı çalışmalarının bitmemesi, hakedişlerin sözleşmede öngörülen sürede ödenememesi ve girdi fiyatlarında yaşanan artışların yüklenici maliyetini artırması gibi nedenlerle, idarenin ve yüklenici firmanın karşılıklı anlaşması suretiyle sözleşmenin tasfiyesi kararı alındığı görülmüştür. Söz konusu durum, yüklenici kusurundan kaynaklanmadığından 4735 sayılı Kanunun 20 nci maddesinin de uygulanabilirliği bulunmamaktadır.

21 inci madde kapsamında ise; yüklenici hakkında işlem tesis edilerek sözleşmenin fesih edilebilmesi için yüklenicinin ihale sürecinde yani sözleşme düzenlenmeden önce yasak fiil ve davranışlarda bulunduğu tespit edilmesi gerektiğidir. Böylesi bir tespit ise bulunmamaktadır.

Sorumlular tarafından gerek yazılı gerekse sözlü olarak yapılan savunmalarda, sözleşmenin tasfiyesi ile feshinin birbirinden farklı işlemler olduğu, idareden kaynaklanan nedenlerle yüklenicinin talebi de dikkate alınarak işin tasfiyesi kararı alındığı, tasfiye edilen sözleşme konusunda öncesinde süre uzatımı verildiği, ancak idare tarafından yükümlülüklerinin yerine getirilemediği, sözleşmeye konu alanların tam olarak teslim edilemediği ve yüklenici hakedişlerinin ödenemediği gerekçesiyle idare yararı gözetilerek sözleşmenin tasfiyesi yolunun tercih edildiği ifade edilmiştir.

4735 sayılı Kanunun “İlkeler” başlıklı 4 üncü maddesinde;

“Bu Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklerle sahiptir.”

“Hüküm bulunmayan haller” başlıklı 36 ncı maddesinde;

“Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır.” hükümleri amirdir.

4735 sayılı Kanunda sözleşmelerin karşılıklı anlaşarak feshedilmesine ilişkin bir düzenleme olmamakla birlikte 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca bu durumun imkân dahilinde olduğu görülmektedir.

Nitekim Kamu İhale Kurulunun; 19.04.2017 tarih ve 2017/DK.D-149 sayılı kararında;

“İdareden kaynaklanan nedenlerle işe başlanılamaması durumuna 4735 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinde yer verilmemiştir. Sonuç olarak, idareden kaynaklanan nedenlerin mücbir sebep kapsamında değerlendirilemeyeceği, karşılıklı anlaşmak suretiyle sözleşmenin feshine ilişkin ise 4735 sayılı Kanunda bir hüküm bulunmadığı, anılan Kanunun 36 ncı maddesi gereğince Kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümlerine gidilebileceği bu çerçevede bahse konu sözleşmenin karşılıklı anlaşmak suretiyle feshedilip feshedilmeyeceğine karar verme yetki ve sorumluluğunun idareye ait bulunduğu neticesine varılmıştır.” denilmektedir.

Bu durumda da 4735 sayılı Kanun kapsamındaki sözleşmelerin, yönetimi, feshi, tasfiye edilmesi ve devri gibi hususlarda öncelik 4735 sayılı Kanun olmakla birlikte 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 4735 sayılı kanunda hüküm bulunmayan hallerde başvurulacak kaynak olmaktadır.

4735 sayılı Kanun uyarınca imzalanan yapım sözleşmeleri iki tarafa da karşılıklı borç yükleyen eser sözleşmesi niteliğindedir. Tasfiyesi gerçekleştirilen sözleşmede yapım

sözleşmesi olup; yüklenici tarafından sözleşme ve proje kapsamında öngörülen işin yapımı borçlanılırken, İdare de yapıma konu alanı süresinde teslim etme ve yapım bedelini sözleşmede öngörülen zaman içerisinde ödeme borcu altına girmiştir.

İşin süresinde veya sözleşmeye uygun yapılmaması hali yüklenici açısından borca aykırılık oluştururken, hakediş ödemelerinin sözleşmede belirtilen dönemde ödenmemesi ya da yer tesliminin yapılamaması idare yönünden borca aykırılık oluşturmakta ve borçlanılan edimlerin yerine getirilememesi yani sözleşmesinin gereği gibi ifa edilememesine neden olunmaktadır.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun “Seçimlik haklar” başlıklı 125 inci maddesinde;

“Temerrüde düşen borçlu, verilen süre içinde, borcunu ifa etmemişse veya süre verilmesini gerektirmeyen bir durum söz konusu ise alacaklı, her zaman borcun ifasını ve gecikme sebebiyle tazminat isteme hakkına sahiptir.” denilmektedir.

İşin tasfiye edilmesi suretiyle idarenin tazminat ödemesi riskinin önüne geçilerek kamu yararına işlem tesis edilmiştir.

Yukarıda yer alan yasal düzenlemeler ve yapılan açıklamalar dikkate alındığında; alt yapı çalışmalarının bitmemesi ve yer teslimi yapılamamasına bağlı olarak verilen süre uzatım kararları ile hakediş ödemelerinin yapılamaması idarenin

kusurundan kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla; söz konusu ihale kapsamındaki işte tasfiye kararı alınmasından dolayı kamu zararı oluşmamıştır.

Bu itibarla; Belediyesi Fen İşleri Müdürlüğü tarafından gerçekleştirilen “..... Belediyesi Sınırlarında Muhtelif Sokaklarda Asfalt Serilmesi ve Temini” işine ait sözleşmenin yüklenicinin talebi üzerine idare tarafından yasal dayanağı olmadan feshedildiği ve yüklenicinin kesin teminatının güncellenip gelir kaydedilmemesi sonucu kamu zararı oluşmadığına, TL ile ilgili olarak ilişilecek bir husus bulunmadığına;

İş bu ilamın tebliğ tarihinden itibaren aynı Kanunun 55 inci maddesi gereğince altmış gün içerisinde Sayıştay Temyiz Kurulu nezdinde temyiz yolu açık olmak üzere oyçokluğuyla karar verildi.

Ayrıca; kendisine verilen görevin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevi kötüye kullanma suçunu işlediği değerlendirilen Diğer Sorumlu (Fen İş.Müd.V.) hakkında Cumhuriyet Savcılığına ve İçişleri Bakanlığına yazılmasına gerek bulunmadığına oybirliğiyle karar verildi.

Azınlık Görüşü:

Daire Başkanı ve Üye’ın Karşı Oy Gerekçesi:

“Tasfiye kararında yer alan sebeplerin idareden kaynaklı

haller kapsamında değerlendirilmesi tutarlılıktan ve yasal gerçeklikten uzaktır. Yer tesliminin yapılamaması, altyapı çalışmalarının bitmemesi ve dvız fiyatlarındaki artış ile hammadde fiyatlarının yükselmesi durumlarının idareden kaynaklı sebepler olarak sunulmasını kabul etmek mümkün değildir. şayet idareden kaynaklı olmayarak mahallerde işe başlama süresi uzuyorsa idare bu hususta yükleniciye süre uzatımı verebilir ya da yüklenici, dvız fiyatlarındaki artış ile hammadde temin edemediğini belirtiyorsa idare bunu yüklenicinin mali acz durumu olarak değerlendirebilir. Dolayısıyla; ihale konusu işe ilişkin olarak, idare tarafından yasal dayanağı olmaksızın tasfiye edilmesi ve yüklenicinin kesin teminatının güncellenip gelir kaydedilmemesi hususunda tazmin hükmü verilmesi uygun olur.”